

Flach (?)

ROGER GRAND

Professeur d'histoire du Droit français et du Droit canonique
à l'École des Chartes

L'HISTOIRE

DU

DROIT FRANÇAIS

Ses règles — Sa méthode — Son utilité

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY
Anne Mson LAROSE & FORCEL
LÉON TENIN, Directeur
22, rue Soufflot, PARIS, 5e

1920

L'HISTOIRE

DU

DROIT FRANÇAIS

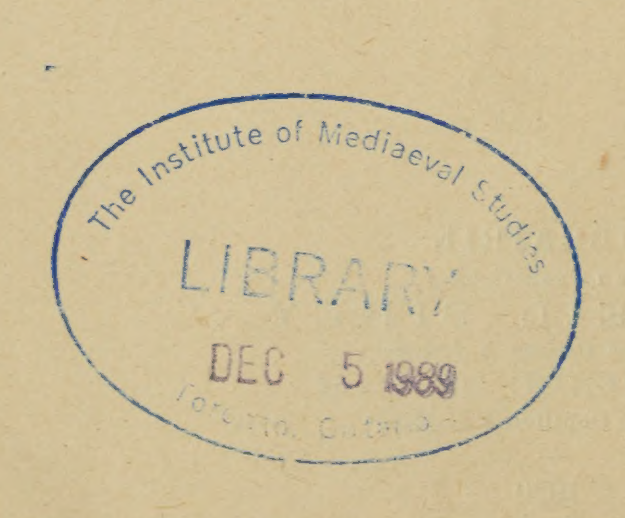
ROGER GRAND
Professeur d'histoire du Droit français et du Droit canonique
à l'École des Chartes

L'HISTOIRE
DU
DROIT FRANÇAIS

Ses règles — Sa méthode — Son utilité

LIBRAIRIE
DE LA SOCIÉTÉ DU
RECUEIL SIREY
Anne Mson LAROSE & FORCEL
LÉON TENIN, Directeur
22, rue Soufflot, PARIS, 5e

1920


The Institute of Mediaeval Studies
LIBRARY
DEC 5 1989

L'HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS

SES RÈGLES — SA MÉTHODE
SON UTILITÉ

Leçon d'ouverture
du cours d'histoire du droit professé à l'École des Chartes

(3 novembre 1919).

Messieurs,

Je n'aborde pas sans la plus vive émotion cette chaire illustrée, depuis sa fondation en 1847, par trois maîtres éminents, dont les noms et les œuvres font autorité dans le monde savant.

Je remercie les membres du conseil de perfectionnement de cette école et les professeurs, dont je suis heureux et fier d'être devenu le collègue, de m'avoir, ainsi que les membres de l'Académie des Inscriptions et Belles-Lettres, fait le grand honneur de me désigner au choix de Monsieur le Ministre de l'Instruction Publique et des Beaux-Arts.

Que tous veuillent bien trouver ici l'expression d'une reconnaissance dont le meilleur témoignage sera mon entier dévouement à un enseignement dont j'apprécie tout l'honneur comme j'en sens tout le poids.

Quels que soient mon orgueil et ma joie de rentrer professeur dans cette chère maison, dont, mes camarades de promotion et moi, nous inaugurions les salles, voici vingt-et-un ans, quelle que puisse être ma satisfaction

de vous dispenser, à mon tour, les bienfaits de cette méthode historique, dont la saine et austère discipline, s'appliquant à toutes les spéculations de l'esprit, ne profite pas seulement aux études, mais à la conduite même de la vie, merveilleux instrument pour former le jugement et aiguiser le sens critique, comment ne serais-je pas effrayé à l'idée que ma voix doit prolonger celle de MM. de Rozière, Adolphe Tardif et Paul Viollet ?

Puisse-t-elle le faire comme un écho fidèle de la leur, dont le souvenir vivra longtemps dans les traditions de cette école !

Le premier (1820-1896) fut appelé, en 1847, à inaugurer, dans le vieil hôtel de Clisson, où les futurs archivistes-paléographes recevaient alors une hospitalité si adéquate et si artistique, l'enseignement du « droit canonique et féodal », selon les expressions mêmes du décret.

Il le fit jusqu'en 1851 (1), avec l'autorité qui s'attachait à la personne de l'éditeur du *Recueil général des Formules*, du professeur d'histoire des législations comparées au Collège de France et du haut fonctionnaire, devenu sénateur.

Le second (1824-1890), premier-né d'une famille fidèle à notre école et qui n'a cessé depuis trois quarts de siècle d'honorer l'érudition française, fut, on peut le dire, le vrai créateur de cette chaire.

Le renom scientifique de son successeur n'a pu faire oublier la clarté avec laquelle il disséquait les institutions les plus compliquées, l'abondance et le choix judicieux des textes qu'il apportait à l'appui de ses assertions, le sens historique très sûr, en même temps que la science juridique très profonde, qui marquaient tous ses commentaires. Au surplus, le témoignage de ses nombreux élèves encore vivants, comme de ses ouvrages, bien

(1) Date où il fut suppléé par M. Ad. Tardif, titularisé seulement en 1854, après la démission de M. de Rozière.

composés, écrits en une langue nette et simple, serait là pour attester qu'il fût un modèle non surpassé du professeur d'histoire du droit.

En 1890, sa mort fit tout naturellement passer la chaire où il venait de former près de quarante promotions d'archivistes-paléographes entre les mains de Paul Viollet, qui l'avait déjà suppléé en 1881 et en 1882.

De mon prédécesseur immédiat, qui fut aussi mon maître, que vous dirai-je, messieurs, qui n'ait été déjà dit, et beaucoup mieux, par ceux qui, tels MM. Paul Fournier, le comte Delaborde, Emile Chatelain, Henri Stein, ont eu à rendre le suprême hommage à sa mémoire, au nom de l'Institut et des nombreuses sociétés ou compagnies dont il fut membre?

Ils ont retracé la carrière toute de labeur acharné, probe et désintéressé, de ce grand honnête homme, épris de justice et de loyauté, au point de sacrifier parfois ses préférences personnelles, par crainte de l'injustice, ou de douter après coup de ses propres assertions, par crainte du parti-pris.

Ils ont montré l'ampleur déconcertante de son œuvre, que marquent, parmi de nombreuses publications moins importantes, les trois monuments capitaux que sont *les Etablissements de saint Louis*, *l'Histoire du droit civil français* et *l'Histoire des institutions politiques et administratives de la France*, avec ses compléments.

Viollet avait ainsi embrassé l'ensemble de l'histoire du droit français, c'est-à-dire l'histoire entière de la société française dans sa vie privée et dans sa vie publique. Pour qui connaît la masse énorme des documents et des auteurs à consulter en pareille matière, pour qui a remarqué l'abondance des références bibliographiques données par l'auteur, soucieux d'éviter aux autres les immenses recherches qu'il s'était imposées à lui-même, pour qui a senti le travail de réflexion en vue

d'arriver à des conclusions personnelles et non apprises, l'immensité de l'effort accompli reste un objet de confusion.

Il a fallu, pour le mener à bien, l'application soutenue jusqu'à la vieillesse de toute une vie admirablement simple dans son unité : vie tout entière consacrée au culte de la famille et à la science.

Ceux qui ont eu l'honneur d'être admis chez lui se rappelleront toujours ce sanctuaire du travail, où le maître, profondément penché sur la tâche commencée, les recevait avec une bonté si accueillante et s'empressait de mettre à leur disposition les trésors d'érudition, mieux que cela, les aperçus lumineux et originaux, que lui suggérait la lecture des fiches qu'il allait puiser dans l'incomparable arsenal, où s'était emmagasiné, avec un ordre parfait, le produit judicieux d'un demi-siècle de lectures.

Jamais savant ne fut moins jaloux du résultat de ses recherches. La bonté formait le fond de son caractère. Elle se traduisait par ce qui en est la forme extérieure et mondaine : l'affabilité, la courtoisie.

Grâce à cette bonté, il eût déterminé chez ses élèves beaucoup plus de vocations pour l'histoire du droit, si sa réserve naturelle ou comme une certaine timidité ne l'avait pas tenu éloigné de l'action extérieure.

Et pourtant, il avait un tempérament d'apôtre et une volonté de fer. Mais il fallait, pour qu'il se décidât à vaincre la douceur naturelle de son âme, qu'il crût en péril l'un des grands principes de justice ou d'égalité auxquels il était dévoué avec toute la conviction de son esprit et toute la chaleur de son cœur. Alors, sacrifiant tout à ce qu'il estimait son devoir, il se lançait dans la lutte avec une générosité d'autant plus ardente et fougueuse qu'il se faisait plus violence à lui-même.

Considérait-il qu'une injustice avait été commise, que des droits, privés ou collectifs, étaient foulés aux pieds, on

le voyait, lui, l'homme de cabinet, prendre part à des polémiques de presse et s'associer, sans hésiter, même contre ses propres amis, à des hommes dont les idées et les procédés de discussion étaient, certes, bien différents des siens. Sacrifice qu'il croyait nécessaire de faire à la vérité, à la légitimité de la cause soutenue en commun. Il ne voyait que la noblesse du but.

C'était une belle âme. On nous dit qu'il eut un instant, dans sa jeunesse, l'idée de se faire marin. Il n'y a pas lieu d'en être surpris outre mesure. La marine devait tenter son goût de l'idéal, sa passion pour l'inconnu, sa curiosité toujours en éveil et, aussi, son amour du devoir.

Toute son œuvre révèle un sentimental et un imaginatif, discipliné par volonté et méfiant de soi-même par scrupule de conscience.

De temps en temps, d'un mot, d'une phrase, ses livres, d'une allure générale volontairement simple, qui correspond à leur but didactique, ses livres jettent un éclair, vite réprimé, pas assez vite pour qu'un coin de sa belle et bonne nature ne se soit révélé et qu'un pan du ciel juridique n'en ait été furtivement, mais profondément, illuminé.

Ce double caractère ou, plutôt, cette opposition de sentiments très différents en un même caractère, rend compte de certaines contradictions. Paul Viollet émet, par exemple, une idée générale; il formule des lois comme celles dans lesquelles on peut, croit-il, résumer toute l'évolution des corps politiques : multiplication progressive des fonctions avec division du travail et, parallèlement, concentration des forces ou centralisation progressive. Mais ensuite, comme s'il craignait d'avoir été trop loin, de s'être laissé entraîner vers l'attrait de la synthèse, par scrupule, il atténue, il montre l'envers de la question, pose des points d'interrogation et semble douter de l'infaillibilité des principes qu'il a lui-même énoncés.

Comme beaucoup de ceux qui ont presque exclusivement vécu dans les livres, il avait à la fois beaucoup de science et beaucoup de candeur. Connaissant tous les usages et toutes les vicissitudes de tous les temps, il ignorait, en fait, la malice humaine; il voulait l'ignorer et marchait dans la vie, le regard replié en lui-même, ne voyant pas plus les petites vilenies, les mesquines ambitions, qui se cachent derrière les grands gestes et les mots sonores, qu'il n'apercevait, de ses yeux de myope, les espiègleries dont nous, ses élèves, nous nous rendions, hélas ! coupables à l'égard de ce grand et bon maître.

De même qu'il refusa toujours d'aider sa vue par des verres appropriés, de même, absorbé par la recherche de la vérité et par l'observation de ses devoirs, il ne voulut jamais appliquer aux actes de ses contemporains le sens critique dont il était si puissamment doué quand il s'agissait d'analyser et de discuter un texte.

Le 22 novembre 1914, Paul Viollet s'affaissait subitement à la table de travail que les plus cruelles angoisses patriotiques et familiales n'avaient pu lui faire déserter : victime indirecte, comme tant d'autres, de cette effroyable guerre, dans laquelle notre école, en apparence si étrangère au bruit des armes, a montré qu'elle ne se contente pas de sauvegarder par la pensée et par la plume le patrimoine des souvenirs et des traditions de la race, mais qu'elle sait, au besoin, donner pour son salut, avec une générosité qui ne fut pas égalée, le sang de ses meilleurs fils.

Messieurs,

Au cours de votre seconde année d'études, vous avez appris à connaître l'évolution des institutions politiques, administratives et judiciaires de la France. C'est ce qu'on appelle l'histoire du droit public.

Ici, vous allez pénétrer plus profondément dans la vie de nos pères. Le droit public, c'est, en quelque sorte, l'enveloppe extérieure, le vêtement, l'écorce de la nation. Ce vêtement peut lui avoir été imposé. Il ne découle pas toujours et logiquement de la vie même des individus dont le groupement forme le corps social; tandis que le droit privé, au contraire, est le fidèle témoin des usages, des coutumes, des lois qui résultent des actes de l'homme vivant en société.

Sans diminuer l'intérêt qui s'attache aux études de droit public, on peut dire qu'elles sont, en quelque sorte, l'histoire externe d'une société, tandis que celles de droit privé en sont l'histoire interne.

L'histoire du droit privé, c'est le tableau de l'évolution de la société humaine, considérée dans les personnes qui la composent. Les institutions de droit privé reflètent toute la vie d'un peuple et c'est par le graphique de leur processus que nous jugeons la marche de la civilisation, que nous mesurons les efforts de l'homme — éternel Sisyphe — vers toujours plus de liberté, d'égalité, de bien-être, vers le bonheur, en un mot, mirage qui recule et change avec l'horizon.

L'histoire du droit se propose de nous faire suivre l'évolution des institutions sociales. Ses données permettront au penseur, au philosophe, au sociologue, à l'aide de rapprochements, de comparaisons, maintes fois répétés, de dégager les lois qui régissent les sociétés humaines.

Cette évolution, en effet, n'est pas un simple jeu du hasard ou le fruit de l'arbitraire humain.

On ne fait pas le droit, il se fait; il est la résultante des phénomènes économiques et sociaux. Les jurisconsultes le constatent seulement, en établissent la théorie et réduisent en systèmes les faits juridiques. Ainsi, les grammairiens et les lexicographes ne créent-ils point les langues; ils en étudient le mécanisme et en fixent les règles.

Portalis disait déjà : « Les codes des peuples se font « avec le temps; à proprement parler, on ne les fait pas ». En écrivant cette phrase, remarquable pour le temps et le milieu dogmatique où il vivait, Portalis n'avait en vue que la continuité de l'évolution, l'enchaînement historique des phénomènes juridiques. Élargissant sa pensée et considérant les facteurs mêmes de ces phénomènes, nous dirons que les institutions de droit privé sont uniquement, à l'origine, le produit naturel de l'état social. Celui-ci, à son tour, est déterminé par les conditions du lieu, de l'habitat, du travail, par la constitution de la famille et par les moyens de subsistance, lesquels rendent compte de la distribution des richesses et de l'organisation de la propriété.

Voilà pourquoi les institutions primitives se ressemblent chez des peuples ayant le même genre de vie et pourquoi le droit y passe par les mêmes phases correspondant aux mêmes états sociaux. Le plus ancien droit romain offre ainsi de nombreuses ressemblances avec le droit germanique et avec le droit celtique. Plus tard, aux époques où la civilisation se complique, où les phénomènes s'enchevêtrent de plus en plus, avec de multiples répercussions les uns sur les autres, où la science se développe, par suite du progrès des études, la pensée et la volonté de l'homme interviennent et prennent une part croissante dans la formation du droit. Pour continuer la comparaison précédente, c'est le stade analogue à celui qui voit ajouter des mots savants, artificiellement formés, à une langue vulgaire.

Si les institutions nouvelles, inspirées par la science, correspondent à un besoin de la société, elles viendront grossir le patrimoine juridique formé par les siècles antérieurs; si, au contraire, elles sont de pures conceptions de l'esprit, si elles ne répondent pas, dans les couches profondes de la nation, à un mouvement général d'opinion ou à une modification des mœurs produite par les

circonstances mêmes de la vie sociale, c'est en vain que le législateur prétendra les faire adopter. Créées arbitrairement par des doctrinaires, elles ne pénètrent pas dans les mœurs et ne sont péniblement exécutées que par un effort de volonté du pouvoir qui les impose.

Notre époque a vu ainsi éclore nombre de lois improvisées, sociales ou politiques, qui sont restées lettre morte ou qui, appliquées de force, sous la pression de circonstances exceptionnelles, se sont révélées funestes dans leurs conséquences matérielles ou morales, parce qu'elles ne reposaient pas sur la logique des faits. On a vu, par exemple, pendant la période troublée que nous venons de traverser, des mesures économiques, inspirées du désir de parer à d'impérieuses nécessités de ravitaillement ou de céder à la pression irraisonnée de foules que le besoin talonnait, échouer lamentablement, après être allées à l'encontre du résultat cherché, parce qu'elles prétendaient ne pas tenir compte des lois immuables, telles que celle de l'offre et de la demande, dont l'expérience des siècles a démontré la force invincible (1).

Même dans ces cas exceptionnels, où elle ne se contente pas de fixer en un texte et de régler l'usage, où, par conséquent, son action créatrice paraîtrait le moins contestable, la législation ne peut être considérée comme un

(1) La France a éprouvé, malheureusement à ses dépens, l'imprudence d'oublier ou de mépriser les leçons de l'histoire; elle a vérifié, une fois de plus, sur elle-même l'exactitude des principes que l'économie politique et la morale ont pu en tirer. J'en formulerai quelques-uns; on en pourrait citer bien d'autres :

La taxe raréfie ou fait disparaître le produit et en amène l'enchérissement ultérieur. — Quand un produit est rare, nul autre moyen d'en faire diminuer le prix que d'encourager la production ou de restreindre la consommation. — La mauvaise monnaie chasse la bonne. — L'initiative privée seule est féconde; le monopole la détruit, en supprimant son principe même : l'intérêt personnel. — Un peuple qui tarit volontairement en lui les sources de la vie risque la mort; il mourra, s'il ne remonte à temps la pente fatale. — La première condition de vie, c'est la volonté de vivre : seuls vivront, les peuples, comme les individus, qui voudront vivre et ne s'abandonneront pas. — Le travail est la condition du progrès matériel et moral.

facteur du droit, puisqu'elle n'est, en définitive, que l'expression juridique des conceptions savantes de théoriciens. Il n'y a donc vraiment que deux sources génératrices du droit : au début d'une société et pendant toute la première partie de son développement, la *coutume*, c'est-à-dire les usages, les mœurs, les rapports économiques et sociaux, et, plus tard, la constatant, la commentant et, parfois, la modifiant, en réagissant sur elle, la *science*, c'est-à-dire les idées des penseurs, philosophes, juristes ou politiques.

L'histoire du droit, embrassant dans ses étapes successives l'ensemble de l'évolution, permet de découvrir les lois qui président au développement des sociétés et c'est envisagée de ce point de vue qu'on peut l'appeler une science : sience inductive au premier chef, la plus importante peut-être pour connaître et comprendre l'histoire de l'humanité.

Elle nous montrera, par exemple, comment les sociétés, parties de l'émiettement, du particularisme, tendent toujours vers la centralisation et l'unification des lois et des usages : ainsi, parallèlement, l'histoire politique représente les individus, d'abord isolés, puis réunis en groupes de plus en plus larges, absorbés finalement par l'État; jusqu'au jour où l'excès de concentration étouffe la vie, amène l'éclatement de la chaudière surchauffée et où l'on assiste, comme à la fin de l'Empire romain, à un nouvel éparpillement, suivi, après un temps d'anarchie relative, où les éléments se cherchent, d'une nouvelle marche vers l'agglutination progressive.

Elle nous montrera la personnalité des lois cédant le pas à la territorialité, l'action publique se substituant au principe de la justice individuelle, le formalisme étroit remplacé dans les contrats par le symbolisme, puis par la formule, la condition de la personne humaine tendant invinciblement vers son émancipation, l'esclavage cédant ainsi au servage, puis à la liberté entière, la

femme se dégageant des étroites lisières que lui imposent toutes les civilisations primitives et, peu à peu, sous l'influence des idées chrétiennes d'abord, philosophiques ensuite, s'avançant vers l'égalité, par une évolution qui est presque accomplie dans le domaine civil et qui se poursuit encore sur le terrain politique.

Elle nous montrera que, partout et toujours, les institutions naissent et se modifient suivant les besoins et non par la volonté arbitraire des hommes; que, dans les sociétés primitives, toute organisation sociale est fondée sur l'exploitation et la possession du sol, parce que, seule, la terre est, en définitive, l'origine de la richesse; que la propriété collective, de la tribu ou de la famille, précède toujours la propriété individuelle et que le progrès social est en raison directe du progrès de celle-ci; que la famille est la cellule sociale, et que, si la force d'un organisme vivant est faite de la force des cellules qui le composent, de même la force d'une société est corrélative à celle des familles dont elle est formée, au point qu'on peut affirmer que la prospérité et l'expansion plus ou moins grandes d'une nation dépendent de la façon dont ses institutions familiales sont établies et fonctionnent, quant aux personnes et quant aux biens.

Elle nous montrera enfin l'exactitude de cette grande loi qui domine toutes les études sociologiques, mais qu'il faut toutefois vérifier d'abord, avec prudence et discernement, puis appliquer sans exagération ni parti-pris, à savoir : que les mêmes conditions économiques et sociales doivent donner naissance, dans des milieux géographiques et selon des circonstances historiques analogues, à des institutions similaires.

Ainsi vous apparaîtra, dans le développement de notre droit, un enchaînement, une logique qui éclairent les faits de l'histoire nationale et les expliquent par leurs causes profondes et irrésistibles. Aussi, l'histoire du droit devrait-elle être le meilleur de tous les enseignements

si les hommes avaient jamais su profiter des leçons de l'expérience.

« Les mœurs privées font les mœurs publiques ». Ce sont les institutions privées qui déterminent l'évolution de la société au travers des vicissitudes politiques qui peuvent en contrarier l'action, mais non l'arrêter. Suivant l'organisation de la famille, du travail, de la propriété, la société évoluera dans un sens déterminé, que l'on pourrait prévoir à l'avance avec certitude, n'était l'extrême complexité des faits économiques et sociaux, qui agissent et réagissent les uns sur les autres, n'était aussi l'importance d'un élément primordial : le libre arbitre de l'homme.

En effet, si l'histoire du droit nous apprend que telles ou telles formes sociales ou juridiques entraînent toujours telles ou telles conséquences, en vertu de lois maintes fois vérifiées, il n'en résulte pas que l'on doive conclure à un déterminisme absolu et impératif.

Personne ne songerait à nier les lois du monde physique par quoi fut imposé l'ordre à l'univers. Empêchent-elles la liberté de l'homme dans ses actes matériels? De même, connaissant les lois qui garantissent l'ordre du monde social, n'en est-il pas moins libre de choisir les formes qui lui conviennent et de les appliquer à lui-même et à son milieu, de la façon et dans la mesure qu'il juge à propos, comme il est libre de se servir des forces de la nature ou de les mépriser, mais sans pouvoir modifier les lois qui les régissent.

Pas plus qu'il ne peut empêcher l'effet naturel de ses libres actions physiques, il ne lui est loisible d'éviter les conséquences de ses libres actes sociaux. « Il dépend de chaque homme que les lois sociales soient pour lui un instrument de vie ou un instrument de mort (1) ».

(1) E. Demolins, *Les Français d'aujourd'hui*, Paris, 1re série, s. d., p. 426.

Ainsi comprise, l'histoire du droit, vous le voyez, Messieurs, n'est pas un simple catalogue de coutumes, plus ou moins méthodique et bien ordonné, mais froid et sans lumière; c'est vraiment l'histoire même de la civilisation, non pas l'histoire des batailles, des rois ou des grands hommes, qui ne sont, à tout prendre, que des accidents extérieurs, bienfaisants ou funestes, plus ou moins retentissants, dont la Providence se sert pour orienter la marche de l'humanité; mais l'histoire des mœurs, des usages de l'homme, de ses rapports avec ses semblables, dans le groupe restreint de la famille et dans le groupe élargi de la société, de ses rapports avec les choses; l'histoire de l'exploitation, de l'appropriation du sol et des autres richesses, naturelles ou créées.

Je voudrais vous avoir convaincus de l'intérêt scientifique et, indirectement, pratique des études d'histoire du droit. Il me reste à vous dire comment j'envisage ces études à l'École des Chartes et quelle méthode nous emploierons. Enfin, je vous ferai connaître, dans ses grandes lignes, le plan du cours que je voudrais pouvoir développer en entier dans les soixante leçons qui me sont réservées, laps de temps bien court pour une matière si vaste et si complexe.

Et d'abord, il est bien entendu que nous n'envisagerons ici que le droit privé, *jus privatorum*, le droit des particuliers, comme disaient les Romains, et que nous laisserons de côté l'étude du droit public, des institutions politiques et administratives, que vous avez faite ailleurs, en seconde année.

Toutefois, nous serons obligés d'effleurer certaines matières de droit public, comme la hiérarchie des personnes et des biens dans la société féodale, qui intéresse, à la fois, le régime de la famille et du patrimoine, matière de droit privé, et l'organisation de la société et des pouvoirs publics, matière de droit public.

Nous nous efforcerons de rendre ces incursions dans

le domaine voisin aussi brèves que possible, nous séparant en cela de presque tous les auteurs de manuels d'histoire du droit, tels Brissaud, Esmein, qui ont confondu en une seule ces deux matières.

C'est qu'ils écrivaient pour les élèves des Facultés de Droit, où la distinction n'est pas faite. On y enseigne l'histoire du droit, sans qualificatif.

Une autre différence sépare l'enseignement de l'École des Chartes de celui de l'École de Droit. Le but de ces deux enseignements n'est pas le même : l'un prétend former des juristes ; l'autre, des historiens et des archivistes ; l'un étudie le droit ancien de la France comme simple préparation, introduction, au droit actuel, son véritable objet : il cherche comment se sont lentement formées les idées et les formes juridiques modernes ; il montre ce que le Code civil a emprunté au droit coutumier, de même que le cours de droit romain y vise surtout à faire comprendre la part des doctrines romaines dans la préparation et l'élaboration des usages établis ou réglés par ce Code ; l'autre vise à vous apprendre le sens des institutions privées de l'ancienne France, à vous en expliquer la genèse et l'évolution, à vous permettre de comprendre les anciens textes dans leur esprit et dans leurs expressions.

L'on s'attachera donc plus au développement historique, c'est-à-dire à la succession des phénomènes juridiques dans le temps qu'au développement doctrinal, c'est-à-dire à l'enchaînement logique des théories. N'oubliant jamais que le droit est mouvant comme la nature humaine et que, selon la juste expression de M. Lavisse, « le droit sans la connaissance du développement historique n'est qu'une sorte de scolastique » (1), nous nous méfierons des thèses trop absolues, et nous les soumettrons à

(1) Préface des *Doc. sur les relations de la roy. avec les villes en France de 1180 à 1314*, publ. par A. Giry, Paris, 1885, p. VI.

la double épreuve : 1° du document écrit; 2° de l'observation des circonstances économiques et sociales.

La première place revient évidemment au document écrit, au texte certain, fourni par une bonne critique, qui est, en histoire du droit comme dans toutes les autres branches de l'histoire, le grand moyen de preuve, le seul qui fournisse une base absolument ferme au raisonnement. Et ce n'est pas à l'École des Chartes, temple voué au culte du document, qu'on pourrait songer à diminuer l'importance primordiale des textes. Je vous citerai donc, aussi souvent que me le permettront les limites de ce cours rapide, des textes originaux, tirés des chartes ou des coutumiers, qui viendront à l'appui de mes définitions ou de mes assertions.

Je souhaite qu'à la fin de cette année d'école, vous sortiez d'ici pénétrés de cette idée qu'un examen complet et une attentive fréquentation des documents originaux contemporains, et non pas seulement des commentateurs ou des auteurs modernes de seconde main, est indispensable à la connaissance et à l'intelligence d'une époque sociale ou d'une institution juridique.

Mais il faut bien reconnaître que les textes manquent parfois totalement, qu'ils peuvent être insuffisants ou obscurs, sujets à discussion; qu'ils constatent seulement et expliquent rarement; qu'ils ont donc souvent besoin d'être éclairés et rendus vivants.

C'est alors que l'observation des phénomènes économiques et sociaux rendra de grands services. Je voudrais insister sur ce point qui, pendant longtemps, fut trop perdu de vue.

L'observation doit vivifier le document. Il ne faut pas qu'un dogmatisme d'école ou une érudition purement livresque nous cache la réalité.

La théorie ne crée pas le droit, et les constructions juridiques qu'elle imagine, comme l'a dit M. Paul Fournier, « ne précèdent pas les faits, elles les suivent et s'y

accommodent. Le malheur est que, par une illusion d'optique très fréquente, les historiens les reportent souvent en arrière et les présentent comme l'origine des faits dont elles ne sont que le résultat (1) ».

De même, les textes ne sont pas les générateurs des institutions dont ils nous révèlent l'existence; ils n'en sont que les témoins.

Il est bon de se mettre en garde contre un abus de l'esprit trop fréquent chez les historiens du droit. Rencontrant fort souvent des textes analogues concernant des civilisations d'époques différentes, certains ne résistent pas à la tentation de conclure que les plus récentes dérivent directement des plus anciennes.

Ainsi, les documents du droit gaulois, du droit romain, du droit germanique et du droit féodal nous révèlent des institutions ayant entre elles une grande ressemblance. Citons : la clientèle, le patronat, le *comitatus*, le lien féodal. L'on s'empresse de conclure que l'une de ces institutions est l'origine de celles qui l'ont suivie. Il est, malheureusement, bien difficile de s'accorder pour l'attribution de cette paternité. On a discuté fort longuement, et l'on discute encore, la question de savoir si la féodalité découle des institutions gauloises, romaines ou franques. On oubliait d'observer qu'un certain régime féodal, mal connu de nous, il est vrai, mais ayant, au moins, de l'analogie avec celui de notre moyen âge, était encore en usage au Japon vers le milieu du XIXe siècle et que jadis il en fut de même en Chine.

Sans nier la possibilité et même parfois la réalité d'une filiation, que rendrait évidente une suite de textes s'enchaînant, ne nous hâtons pas généralement de la proclamer, si elle ne s'appuie pas sur des documents certains. Soyons prudents et méfions-nous de ces rapprochements historiques et de ces déductions faciles.

(1) Paul Fournier, *De quelques questions concernant l'ancien droit public*, dans le *Journal des Savants*, janvier-février 1919, p. 7 et 8.

A des milieux sociaux analogues des situations identiques, voilà la vérité. Ne nous obstinons pas à rechercher des influences à longue distance, qui resteront presque toujours hypothétiques, quand l'étude du milieu historique et économique suffit souvent à expliquer les similitudes constatées.

Autre exemple. On dit parfois que les lois barbares se sont de plus en plus rapprochées du droit romain, que les Burgondes et les Wisigoths particulièrement ont assez vite conformé leur droit à celui du Bréviaire d'Alaric et du Papien ; les Francs, moins vite.

Ce n'est pas, en réalité, les lois romaines qui ont fini par l'emporter sur les lois originelles de ces Barbares; mais c'est qu'ils ont, au contact des indigènes vivant les mœurs romaines et pratiquant le droit romain, conformé peu à peu leurs propres usages et leur vie à ceux de ces civilisés supérieurs. Leurs coutumes écrites ont suivi naturellement ce mouvement de rapprochement. Les Francs ont eu une personnalité plus accusée, une existence nationale plus vigoureuse et plus rayonnante; d'où, la persistance plus grande de leur loi salique au regard de la loi romaine.

Quelle que soit l'importance des textes législatifs, disons qu'il ne faut pas se confiner dans leur étude exclusive et se contenter de les interpréter aux seules lumières du raisonnement. Jetons un coup d'œil sur le monde extérieur.

Les textes législatifs représentent, en quelque sorte, la cristallisation momentanée d'un état provisoire des institutions. Celles-ci n'arrêtent pas, pour cela, leur évolution ; elles continuent à se transformer progressivement, comme les mœurs elles-mêmes, sous l'influence des conditions matérielles de l'existence, des grands courants d'idées, plus rarement et dans une moindre mesure, des événements politiques. Elles se perpétueront par la force de la tradition souvent même bien

après que les nécessités et les circonstances qui leur ont donné naissance auront disparu.

C'est précisément le rôle de l'historien de remonter, à travers les siècles, de maillon en maillon, la chaîne de la tradition et d'arriver à la forme initiale et au milieu créateur; mais il arrive fréquemment que les maillons représentés par les textes offrent de graves lacunes et c'est alors que la science sociale, autrement dit, l'observation scientifique des sociétés vivantes, viendra à notre secours.

« Que penseriez-vous d'un homme qui prétendrait faire de la paléontologie, c'est-à-dire qui prétendrait reconstituer des espèces animales disparues à l'aide de quelques ossements, sans avoir jamais étudié scientifiquement les espèces vivantes? (1) » L'observation des sociétés actuelles nous permettra de conclure par comparaison, d'éclairer les textes existants, qui, de leur côté, rendront vraisemblable et quasi-certaine l'hypothèse ainsi construite. Observation sociale et document écrit se prêtent un mutuel appui.

Prenons encore un exemple.

Au moyen âge, un grand fait social domine tout : le régime féodal. Il caractérise cette longue période de notre histoire. Le point culminant, l'époque de son plein épanouissement, c'est le XII[e] et le XIII[e] siècle. Antérieurement, il est en germe, depuis l'installation des Francs dans la Gaule romaine; postérieurement, on assiste à sa décadence progressive, jusqu'à son écroulement final au 4 août 1789, dans cette déclaration mémorable qui consacre un fait accompli déjà dans les esprits et dans les mœurs.

On pourrait donc considérer l'ancien droit français comme divisé en deux grandes périodes : l'une de for-

(1) Ph. Robert, *Le progrès contemporain en géographie humaine, en sociologie, en histoire* (*La Sc. Soc.*, 100[e] fasc., janv. 1913, p. 100).

mation et d'avènement, l'autre de désagrégation et d'abolition du régime féodal.

De ce point de vue, la période la plus intéressante devient précisément celle que, jusqu'à nos jours, l'histoire générale, l'histoire des événements, a considérée comme la plus insignifiante, je veux dire cette période obscure, qui s'étend du milieu du IXe siècle au milieu du XIe; période que nos vieux historiens entouraient d'un superbe dédain et qui est, au contraire, d'une importance capitale pour l'histoire de notre civilisation occidentale ; période où s'élaborait dans le silence une société si différente des sociétés antiques, par un travail sourd, local, sous l'influence des besoins économiques et sociaux, en dehors de la pression artificielle d'un pouvoir législatif ou exécutif central.

Livrés à eux-mêmes, par suite de la faiblesse du gouvernement, les divers éléments en présence : droits antérieurs des multiples nationalités mélangées, droit romain, droit canonique, usages et coutumes, nécessités de la vie quotidienne, appétits des grands, moyens de défense des petits, mise en valeur du sol, tous ces éléments vont agir et réagir presque librement les uns sur les autres et il sortira du creuset, au XIe et surtout au XIIe siècle, cet état très cohérent, très logique, beaucoup trop décrié par des gens qui l'ont peu étudié directement, qu'on appelle la féodalité, et cette société du moyen âge, qui, avant l'affreuse catastrophe de la guerre de Cent ans, à laquelle s'ajoutèrent les grandes épidémies du XIVe siècle, représente l'un des plus beaux, des plus prospères et des plus heureux moments de l'histoire de l'humanité.

Dans cette période du IXe au XIe siècle, consécutive à la dissolution de l'empire de Charlemagne, se sont formées les nationalités européennes par la fusion des races en mouvement depuis quatre siècles. De ce temps date, non l'origine première, puisqu'elle remonte aux *pagi* gaulois, mais la constitution définitive des « pays » de France,

ces circonscriptions vivaces, fondées sur la nature même des choses (configuration géographique, productions naturelles, groupements ethniques) et par l'affinité des intérêts, qui ont survécu à tous les changements de nos cadres administratifs. Pendant cette époque eut lieu le passage du principe de la personnalité des lois à celui de la territorialité; alors naquirent les différents contrats pour l'exploitation du sol et se dessina cette mise en valeur intensive de la France rurale, dont la richesse, aux XIe et XIIe siècles, entrevue dans les cartulaires, n'a pas été surpassée, ni même, en bien des points, égalée, jusqu'aux récents progrès de la mécanique et de la chimie agricoles; alors se formèrent ou se développèrent, dans les villes et les bourgades, ces associations professionnelles de gens de métier, qui formèrent le noyau de l'administration municipale si remarquable du moyen âge et la base du mouvement d'émancipation communale, qui n'aurait pu éclater avec succès au XIe siècle, s'il n'avait été solidement fondé sur une organisation préétablie.

Voilà donc une époque pour la complète intelligence de laquelle il est nécessaire de faire appel à la fois aux textes insuffisants qui nous sont parvenus, au raisonnement, appuyé sur le droit comparé, et à l'observation sociologique.

J'aurai de même occasion de vous montrer quelle fut l'influence du domaine rural indépendant et stable sur la formation de cette société franque d'où est sortie la civilisation féodale et comment, à mon sens, presque toutes les institutions relatives à l'organisation de la propriété et au régime des biens ou de la famille au moyen âge semblent découler, en dernière analyse, comme, d'ailleurs, l'organisation politique, dont je n'aurai pas mission de vous entretenir, de la conception de vie agricole du propriétaire de l'époque barbare.

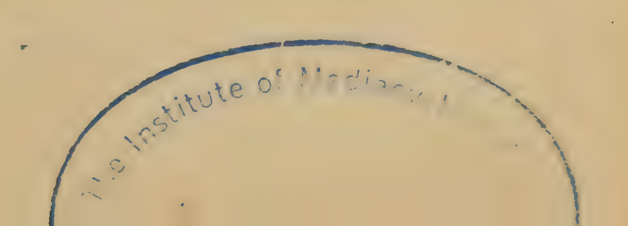
Nous verrons que le *mansus* est le véritable embryon des sociétés modernes, car il a fourni la base solide de

cette formation sociale que l'on a appelée de nos jours la famille particulariste. Nous étudierons comment cette organisation de la famille diffère essentiellement de celle de la famille romaine, qui fut le type de la civilisation antique, et comment, combinée avec l'élément chrétien, elle a produit cette société vivante, complexe, débordante d'activité, animée d'une magnifique puissance d'expansion, qui, tout en supprimant l'esclavage, cette force économique de l'antiquité, a défriché la France, planté son admirable vignoble, conçu l'architecture romane et la voûte d'ogives, produit Charlemagne, Gerbert, saint Bernard, et fait les Croisades.

Je me résume et je conclus.

Si on sépare l'étude du droit de celle des phénomènes sociaux et économiques, on risque de tomber dans l'une ou l'autre de ces erreurs opposées : ou bien considérer les institutions juridiques comme une pure création arbitraire et provisoire des jurisconsultes; ou bien, au contraire, leur donner un caractère absolu de permanence et d'immuabilité qui est loin de la réalité, puisque le droit se trouve, comme toute chose humaine, en perpétuel devenir. Cherchez donc toujours, autant que possible, la raison d'être économique ou sociale des institutions; efforcez-vous d'expliquer les différences de deux états juridiques par les divergences de deux états sociaux et non pas seulement par l'opposition de deux textes. Ce n'est en rien diminuer l'intérêt ni l'importance des textes, puisque, seuls, ils nous permettent de constater ces états; mais vous leur donnerez ainsi le rôle qui leur convient : rôle de témoins, de preuve, non pas rôle inspirateur ou créateur, selon l'erreur d'auteurs qui, trop souvent, n'ont observé le monde vivant que dans les bibliothèques ou les dépôts d'archives.

Conformément au programme de cette école, nous examinerons le droit privé de la France dans les seules limites de son territoire et de son histoire, sans toutefois



nous interdire absolument toute allusion au droit des pays voisins, dont la comparaison peut être intéressante et suggestive; mais nous n'abuserons pas de cette méthode : elle nous entraînerait trop loin. De même, nous n'insisterons pas, malgré l'intérêt passionnant des discussions qu'elle a suscitées, sur l'origine des institutions, en droit naturel. Je vous en parlerai, très brièvement, quand les formes juridiques étudiées ne pourront être comprises que comme survivance d'états antérieurs. En règle générale, nous nous contenterons de saisir une institution au moment et dans l'état où elle apparaît en Gaule.

Nous n'étudierons pas en eux-mêmes le droit romain, ni le droit germanique; mais seulement en tant qu'ils sont entrés dans la formation du droit français.

Vous verrez que le droit coutumier de la France s'est constitué par les apports et la fusion de ces deux éléments, joints à ce qui pouvait subsister des usages locaux de la Gaule et sans oublier l'influence de l'Église; que le droit romain a régi, à titre de coutume particulière, une grande partie de la France, tout le Midi; que, dans l'autre partie, il fut le droit des clercs; qu'à ce titre, il a concouru avec les textes sacrés à l'élaboration du droit canonique, dont j'aurai à vous parler en quelques leçons; que, depuis la renaissance du XIIe siècle, il a nourri l'esprit de tous les jurisconsultes, même des plus indépendants coutumiers, et leur a servi à bâtir leurs théories; que, si son enseignement fut suspect à la royauté française, dont il favorisait pourtant les tendances centralisatrices, et s'il fut proscrit, à sa demande, de l'Université de Paris, c'est uniquement par raison politique, par réaction de Philippe-Auguste et de ses successeurs contre le Saint-Empire, qui poursuivait le rêve du rétablissement de l'*Imperium romanum*, éternelle hantise par où l'âme germanique se colore à elle-même et satisfait ses appétits, jamais éteints, de domination universelle.

Vous verrez que le droit dit barbare a surtout marqué son empreinte sur la constitution de la famille (personnes et patrimoine), parce que les Francs ont installé en Gaule leur forte conception de la famille, base de leur organisation sociale, qui combine l'indépendance de l'individu majeur avec l'unité, et, autant que possible, la pérennité du bien familial; mais que, en revanche, ils n'ont pas apporté un système juridique capable de lutter contre celui du droit romain — « la raison écrite » — pour tout ce qui regarde les contrats, les obligations, la procédure.

Ce cours, ainsi limité au droit privé de la France, sera surtout pratique, j'entends : pratique pour des historiens et des archivistes; c'est-à-dire qu'il aura surtout pour but de vous faire comprendre, dans leur esprit et dans leurs termes, les documents que vous devrez mettre en œuvre pour vos futurs travaux scientifiques ou professionnels. Un chartiste ne doit pas être arrêté par les expressions qui remplissent les actes privés, lesquels sont surtout des conventions, des contrats, par conséquent des actes juridiques, dont il faut pénétrer le sens.

Je vous donnerai donc beaucoup de définitions, autant de citations que le comportera la brièveté du temps, la désignation et l'explication des termes spéciaux, latins ou français, le plus souvent employés dans les textes.

Je vous indiquerai les principaux dictons, adages, proverbes ou brocards, chers à nos vieux coutumiers, car vous risqueriez de les rencontrer dans les ouvrages juridiques; de plus, certains ont passé dans le droit moderne (*Le mort saisit le vif*; — *en fait de meubles, possession vaut titre*; — *testis unus*, *testis nullus*, etc.) ou même dans le langage courant (*Une fois n'est pas coutume*; — *donner et retenir ne vaut*, etc.); enfin ces petites phrases brèves, nerveuses et imagées fixent des idées dans l'esprit et aident la mémoire.

Mes indications bibliographiques seront brèves et se

borneront à quelques ouvrages essentiels, car ce serait perdre le temps que de l'employer à vous dicter des listes d'auteurs que vous trouverez très complètes dans les manuels de MM. Viollet et Brissaud.

Pour compléter le caractère pratique de cet enseignement, il serait bon de vous faire expliquer des textes choisis. C'est malheureusement impossible, en une seule année d'études. Ceux d'entre vous qui en auraient le goût et le loisir feront bien de suivre les leçons données à l'École des Hautes-Études. Mais, tous, vous devez compléter ce que vous aurez entendu ici par la lecture raisonnée de nombreux documents, que les cartulaires imprimés, à défaut d'archives, vous fourniront en abondance; de quelques vieux commentateurs bien choisis, tels que Beaumanoir, Loysel ou Pothier. Et, quand un terme vous arrêtera, recourez au *Glossaire* de du Cange, cette source inépuisable de renseignements appuyés sur des exemples.

Enfin, habituez-vous à raisonner et à observer. Regardez autour de vous; étudiez les mille phénomènes de la vie économique et sociale; efforcez-vous d'en pénétrer les raisons, d'en apercevoir les répercussions mutuelles, de les comparer à ce que vous aurez trouvé d'analogue dans vos lectures. Apprenez, en un mot, à voir et à comprendre ce que vous voyez ou ce que vous faites.

Vous serez bientôt étonnés vous-mêmes de la clarté que cette méthode projettera sur la matière de vos études. L'histoire du droit prendra un intérêt plus vif, dès lors qu'elle ne sera plus une sèche nomenclature de choses mortes, mais qu'elle vous rendra compte, dans leur origine et dans leur développement, des phénomènes dont vous êtes les témoins ou auxquels votre existence se trouve liée.

Il me reste à vous dire que je suis à l'entière disposition de ceux d'entre vous qui désireraient me consulter, ici ou chez moi, soit sur le choix d'un sujet de thèse, soit sur

toute matière qui resterait obscure dans leur esprit. Il me serait très agréable de constater que j'aurais orienté l'un ou plusieurs d'entre vous vers une étude plus approfondie de cette histoire des institutions privées, si apte à fortifier, par le jeu constamment nécessaire des facultés d'observation et de comparaison, d'une part, le jugement et le sens critique, qualités primordiales de l'archiviste-paléographe, d'autre part, une intelligence plus raisonnée et plus aiguë des conditions et des formes de la vie sociale.

Voici maintenant, en brève esquisse, le plan que j'ai l'intention de suivre dans l'exposé de ce cours.

I

Droit civil.

Nous commencerons par les *Sources du droit*, c'est-à-dire par une revue assez rapide des différentes législations qui ont contribué à former notre droit français : droit gaulois, droit romain, droit barbare, droit coutumier, ordonnances des rois de France. Je vous montrerai, pour chacun de ces éléments, son rôle et sa destinée au cours de notre histoire et son influence sur la pratique et sur l'enseignement; puis, nous examinerons brièvement quels textes le représentent et quels auteurs l'ont étudié et commenté.

Abordant alors l'histoire des institutions elles-mêmes, nous envisagerons :

1° *La condition des personnes.*

a) Dans la société :

Classes libres (privilégiées ou non), classes non libres, classes mixtes, étrangers, juifs, lépreux, femmes.

b) Dans la famille :

Constitution de la famille, parenté, filiation, bâtardise, légitimation, puissance maritale, puissance paternelle, minorité, majorité, institutions protectrices des mineurs, émancipation.

2° *La condition des biens :*

Meubles et immeubles, propres et acquêts, tenures diverses : alleu, bénéfice, fief, précaire, mainferme, emphytéose, censive, tenures serviles.

3° *Les rapports des personnes avec les biens ou droits sur les biens.*

a) De quelle nature peuvent être ces droits?

Propriété, possession, droits spéciaux sur les biens d'autrui : usufruit, droits d'usage, servitudes foncières.

b) Comment peut-on acquérir et comment peut-on transmettre ces droits ?

Occupation, prescription, tradition.

Succession (testament, réserve, légitime, etc.), donation, aliénation, transmission partielle ou démembrements de la propriété (baux perpétuels ou à long terme : bail à fief, à cens, à rente, à champart, à complant, à domaine congéable, etc.).

4° *Les conventions que les personnes font entre elles à propos des biens, c'est-à-dire les contrats ou obligations conventionnelles.*

Forme, extinction, preuve des contrats, principaux contrats (d'aliénation : vente, échange; — d'administration : contrat de mariage (régimes matrimoniaux), société, louage, prêt, dépôt, mandat; — de garantie ou d'exécution : cautionnement, gage, hypothèque).

Naturellement, pour venir à bout d'un programme aussi vaste, nous serons obligés de nous borner aux choses essentielles.

II

Droit canonique.

Cette remarque s'applique encore plus à l'histoire du droit canonique, auquel nous ne pourrons consacrer que le troisième trimestre, malgré l'influence considérable de cette législation sur la société, même laïque, du moyen âge. Sans donc prétendre embrasser toute l'immense étendue des matières de droit canon, nous nous contenterons d'étudier assez brièvement :

1° Les *Sources* de ce droit;

2° *L'organisation, la hiérarchie et la juridiction ecclésiastiques;*

3° Le *régime des biens d'église;*

4° Le *mariage* et *le testament*, qui, pendant la plus grande partie du moyen âge, furent considérés comme relevant du droit canonique, parce que le premier était un sacrement et que le second comportait toujours — et parfois uniquement — des legs pieux. Aussi, n'aurons-nous examiné dans l'histoire du droit civil que les conséquences civiles du contrat de mariage et du testament par rapport aux biens, réservant pour l'histoire du droit canonique ce qui, en ces deux matières, regarde les questions de forme, de validité, d'exécution.

III

Procédure civile et criminelle.

Enfin, j'espère pouvoir réserver deux ou trois leçons, tout à la fin de ce cours, pour donner quelques notions sommaires et générales sur la procédure civile et criminelle devant les juridictions, tant séculières qu'ecclésiastiques.

Une très grande partie des documents du moyen âge est constituée par des pièces de procédure. Il faut que de futurs historiens sachent comprendre et interpréter, que de futurs archivistes sachent classer, inventorier et analyser les nombreuses pièces enchevêtrées d'un dossier judiciaire.

BAR-LE-DUC. — IMPRIMERIE CONTANT-LAGUERRE